

## 憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定不同意見書

黃虹霞大法官提出

詹森林大法官加入

今年春節好冷，北極渦旋發威！感謝最高法院即時裁定，廢棄臺北地院命○小妹妹（憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決當事未成年子女）應於大年初一上飛機前往義大利的強制執行裁定，避免司法成為冷凍庫。

司法當然應該有熱度；冷冰冰，不該是司法的因子，予人溫暖才應是司法的特質之一！又未成年子女之最佳利益不可強予分割！

本件未成年子女久居臺灣為慣居地，確定終局裁判改變其監護事實現狀，而未由法官直接聽取其意見，不必考量其最佳利益，不符合憲法意旨！

**子女恆為權利主體，不是親權之客體！**

壹、本席在去年中，本庭 111 年憲判字第 8 號判決協同意見書之首，寫了這一段話：

「子女是人不是物，永遠只能是權利主體，不可以是父母（親權）權利之客體；

在定親權事件中，子女最佳利益是王道，子女意願是王道中的王道；只有與子女選擇不相違之法院子女最佳利益判斷，才可能符合「子女」最佳利益原則！

子女之意願為何，應由法官放空，用全心理解、親自確認，這是決定親權裁判之前提及不二途徑；

遠遠超過一般大人的理解，再小的孩子都可能有能力表達其意願，只是大人（法官）看不懂或者不以為需要懂！」

此一感想在本案亦無二致。而且本席想進一步說：未成年子女之最佳利益不可違反其意願強予分割，使孩子在成長過程中必須因父母分居兩地（國）作空中飛人、兩地遊蕩。

貳、在上開意見書本文中，本席也寫到：

「……

二、子女是獨立的權利主體，不是如物一般之權利客體

（一）黎巴嫩詩人、哲學家季伯倫在「孩子」一文中所描述的：孩子是獨立的權利主體，不是父母的附屬品，即不是如物一般之任何其他人之權利包括親權之客體。<sup>1</sup>

（二）民法第 6 條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」短短 14 字已然說明凡是人，不論多麼年幼都是權利主體。

（三）人可以併為其他人權利之客體嗎？人不是物，在民法解釋上應否定，在民主法治國高度保障人性尊嚴，答案當然是「No」。憲法、民法如此，家事事件更是強調未成年子女在家事事件（尤其定親權歸屬事件）之主體性地位，不可能同意子女是父母親權之客體。

（四）但是說易行難。民法施行近百年，由民法第 13 條第 1 項及第 76 條規定：只能導出父母只是未滿 7 歲子女之代理人；由民法第 13 條第 2 項及第 77 條規定：只能導出滿 7 歲之未成年子女有不完整自主決定權，父母只有允許子女決定與否之權，而無代為決定全權。惟真實世界裡，有多少父母體認自己只是未成年子女之「代理人」或「允許權人」，這表示父母不等於是行為人，即不是「子女本人」？有多少父母從來不曾或常常不以子女是權利主體之角度，逕自由父

---

<sup>1</sup> 季伯倫說：「你的孩子不是你的孩子。他們是生命渴求的兒女，是生命本身的企盼。他們只是藉由你而生……卻不附屬於你。你可以給予他們你的愛，而不是思想，因為他們有自己的思想。……」。

母觀點以子女名義為行為（可能以愛合理化父母行為，自認為小孩子不懂，自己是為他們好）？為什麼很多人包括法官、專家暢言未成年子女之程序主體地位，但是不認為必然需親自聽取未成年子女意見？這樣的現實與上述最根本的法律規定相背離，很奇怪不是嗎？為什麼大人有看沒有見？因為「見怪不以為怪」，因為父權（權威）思想餘毒未除，潛藏社會慣行因素使然，被自己的下意識蒙蔽而難自覺！

（五）因為子女不是物，怎麼有「交付子女之訴」甚至執行的問題？「要跟父或母」不是應取決於子女嗎？若父母同意或依法不能妨礙但子女不肯配合，執行法院可以強令子女配合嗎？更何況子女不是交付子女之訴的兩造當事人，該訴之既判力當然及於子女致他們當然受拘束而為被執行對象嗎？如果說家事事件法第 194 條及第 195 條得對子女直接強制的規定，是植基於已以程序主體地位予子女表達意願機會，則未直接聽取子女意願或與其意願相違之裁判，得對子女強制執行之法理依據又何在？從子女獨立人格保護之觀點，目前的制度沒有違憲疑義嗎？或謂直接強制執行交付子女與虐童無異，非全無道理。

三、在定親權歸屬事件，不論本案審理程序或暫時處分程序，法官都必須緊守子女最佳利益維護原則，這是王道。就此，應無爭議也應不必多所論述。

四、承上，子女最佳利益之維護，應首重子女意願；且唯有經由法官親見子女並放空全心理解聽取其陳述，才可能適切確定子女之意願

（一）子女最佳利益之維護，應首重子女意願！就此本席以為應不作第二想，但是恐怕不是人人都這麼想。有人會說小孩子「有耳沒嘴！」、「他懂什麼，他不懂啦！」、「爸媽說了算！」、「我愛他呀！為他好呀！」等等說詞否定子女意願，甚至拒絕聽取子女陳述。還常有這樣的說法：定親權事

件中，如果父母均有強烈意願，那就比較父母所能提供的客觀環境、父母的教育態度甚至配合訴訟程序之狀況（名之曰善意父母原則）……。這些都是常見的否定或弱化子女意願重要性的因素！

（二）法不入家門！這句老話，仔細思考，不全然沒有道理！想想在定親權事件中，最核心的主體是誰？法官？父或母？都不是！是子女！如果您重視人性尊嚴、尊重個人獨立、自主，您有什麼理由否定子女意願、拒絕聽取子女陳述？法官裁判完，所了結的是案件，但是被裁判決定的不是身外之物的錢財，而可能是被裁判取代的子女自由意志。法院裁判認定的子女最佳利益如果與子女意願相違，那是「子女最佳利益」嗎？還是只是法院自以為的子女最佳利益而已？而且為什麼子女一定要接受法院以為的最佳利益，被裁判決定要過什麼樣日子的是子女，不是法官，他們為什麼不能有較不佳選擇權？為什麼不能選擇環境沒那麼好但比較需要他相依為命的一方？無關虐童的親權歸屬爭議事件，與子女意願相違的裁判能符合裁判「保護人民」的本旨嗎？

（三）金窩銀窩不如我的狗窩！電影中「被強制安置的小女孩寒夜中偷偷跑去她弱智爸爸家找爸爸」<sup>2</sup>這一幕……。請再想想，子女意願才真正重要！

……

（六）法官親自確認子女意願是必要的

1、任何其他人的觀察都難免其主觀，且充其量只是法官的助手，不能取代法官自己之親身見聞！程序監理人不是法官之代表，其聽取子女意願不等於法官已聽取子女意願；程序監理人以其專責保護未成年子女之地位，是程序主體，跟家事調查官不同，不是為法官調查事實或依法官要求提出報告。程序監理人係為輔佐、協助子女而設，不論其係相當於

---

<sup>2</sup> 出自電影「他不笨，他是我爸爸」。

「訴訟代理人」或「子女與法院間橋樑」之地位，應均無權反於子女意願為主張。

2、正確理解子女的意願，法官要放空（放下法律、學說，保護兒童的公約包括海牙公約，不要讓它們成為阻礙保護子女真理的玻璃）、<sup>3</sup>放下執著（包括父母資源能力之考量，因為孩子不必然需要，而且可以由較有能力者支付扶養費方式填補），以孩子的角度（高度）全心去感受子女所需要的保護，不應強令子女接受不必要的保護。要找出的是子女想要的甚至可能是痛苦的、他人包括法官眼中比較不好的選擇！不是要替代子女作法官認為比較好的選擇。

3、就無關虐童之事件，親子關係應首重子女意願，任何人不應該替代子女而以外在因素秤斤論兩！甲眼中的最好環境不當然應是乙之最佳選擇！」

參、上述這些理由對於本案也應值得重視採擷。但是非常遺憾，才不到一年，大法官竟反於本庭 111 年憲判字第 8 號判決意旨，認為本件聲請應不受理，就只是一票之差，就這樣推翻了原來的多數意見？雖然未必如此（本件不受理裁定理由五（三）稱本件與本庭 111 年憲判字第 8 號判決之案情不同，無扞格之處），但本件不受理的結論實在難以接受。而且兩相對照，仍必然予人司法反覆、甚至無所適從之感！爰不能已於言，除了重申本席在本庭 111 年憲判字第 8 號判決之看法如上外，並針對本案多數意見提出質疑，及補充不同意見如下：

一、僅因前案是父母間親權爭議，而本件是母親與祖母間親權爭議，兩案裁判結果就應該不同嗎？

---

<sup>3</sup> 季伯倫說：「學說像窗戶上的玻璃，它讓我們看到真理，但也阻絕了真理」；金剛經說：「若菩薩心住於法而行布施，如人入闇，即無所見。若菩薩心不住法而行布施，如人有目，日光明照，見種種色」。

1、本席以為不然。

2、民法第 1091 條及第 1094 條第 1 項固分別規定：「未成年人無父母，或父母均不能行使、負擔對於其未成年子女之權利、義務時，應置監護人。」及「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務……時，依下列順序定其監護人：一、與未成年人同居之祖父母……」，看起來似乎肯定「親權」之「權利」性質。惟由民法第 1092 條規定：「父母對其未成年之子女，得因特定事項，於一定期限內，以書面委託他人行使監護之職務。」亦可知：通稱為親權之民法第 1084 條第 2 項規定：「父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務。」本質是一種監護，且父母固為最優先順序之法定監護人，但所稱「親權」，不但不應是一般理解之「權利」，而且與其說是權利，由「監護職務」用語觀之，毋寧應解為「保護教養未成年之子女之義務與責任」，此觀諸兒童及少年福利與權益保障法相關規定尤其第 3 條（稱父母對兒童及少年應負保護及教養責任等）及罰則等規定甚明。是除了如上開意見書所述，未成年子女僅應是權利主體，不是任何他人（含其父母）之權利（含所稱親權）之客體外，上開民法父母親權相關規定充其量只應被解讀為父母為「第一順序義務人」，其目的僅在保護未成年人，不是為保障任何人（含父母）之權利（含所稱親權），就此而言，也就是由保護未成年人角度出發，前案父母間親權爭議與本件母、祖母間親權爭議，其判斷準據應沒有本質上差異。

3、又如果所稱親權，確應是義務與責任本質，則其「權」一語，恐應是曩昔「父權（權威）思想殘餘」，時至今日除不應再被解讀為「權利」外，為免誤解，實有再思考修正必要。因為如果揚棄「親權」用語，當有助於法官正確掌握兒童及少年保護本旨，不但本件聲請原因案件法官比較可能可以擺脫民法第 1084 條及第 1089 條規定係父母「權利」規定之無形束縛，大法官也可能作出不同結論之裁判（因為如果是義

務責任，法官要考慮的當是誰比較適合保護教養未成年子女，從而能由未成年子女角度出發，真正落實未成年人之保護)。

4、另多數意見認依現行父母當然為第一順序，其對未成年子女親權之行使負擔，恆優先於祖父母之民法規定，故本件原因案件在不改定監護之情形，不必審酌未成年子女利益，也無須使未成年子女有陳述意見之機會部分：(1)、近百年前，此等民法規定當時，應尚無尊重未成年子女獨立人格權，其自為權利主體暨保障未成年子女最佳利益之理念，是在重視人格尊嚴及未成年人照護教養之今日，從保障未成年子女最佳利益觀點出發，由憲法之高度，所稱父母應否仍當然解讀為僅指未成年子女己身所從出之自然意義之父母，還是應該另作解讀為實際擔負照護教養責任之監護者，實值再審酌，且為落實未成年子女之最佳利益保護，相關民法規定非無思考修正之必要；(2) 本件多數意見亦認本件聲請人二（未成年子女）於襁褓中即已非由其居住中國之母監護，至今多年來係由聲請人一（其居住臺灣之祖母）照顧教養。則由監護之事實狀態觀察，誰才應是法律上行使負擔照護教養未成年子女義務之所稱「父母」？在本件母親事實上未為照護教養之情形，確定終局裁定認監護應回歸母親，顯然變更未成年子女受監護之現狀，而且與本庭 111 年憲判字第 8 號判決同，係涉及跨領域之重大變更，怎會無涉未成年子女之最佳利益，不必由法官直接聽取其意見呢？

5、此外，目前常見割裂未成年子女時間，認部分時間與父、部分時間與母同住，比較符合未成年子女最佳利益之想法及作法，可能是大人自以為當然是的迷思，似可再審酌。

二、「聽取未成年子女之意見」不應只是程序上行禮如儀而已，它與「考量未成年子女最佳利益」互為表裡，是一體之兩面：

1、未成年子女最佳利益之保護已具體規定在民法親屬編及家事事件法很多條文中(如民法第1055條之1、第1055條之2、第1079條之1、第1080條、第1081條、第1089條、第1094條及家事事件法第1條、第106條、第109條、第110條、第111條及第194條等規定參照),本庭於111年憲判字第8號判決中亦予肯定;應由法官直接聽取未成年子女意見,亦同。家事事件法也強調未成年子女之程序主體權、程序參與權及陳述意見權等(如家事事件法第68條、第77條、第108條、第109條、第118條等規定參照)。

2、查未成年子女最佳利益係未成年子女保護之實質指標,未成年子女意見陳述係確定未成年子女最佳利益之有效方式,因此,二者互為表裡,是程序與實質一體之兩面(兒童權利公約第12條及其一般性意見書第20點參照)。如果形式上聽取未成年子女之意見,但實質上背離未成年子女之意願,不能認為裁判結果無違未成年子女最佳利益規定。

三、本件未成年子女應有獨立釋憲聲請權,而且已提出釋憲聲請:

1、多數意見幾經周折後,終於肯定本件聲請人二(未成年子女)為程序主體及釋憲聲請當事人適格,即有獨立釋憲聲請權,此點值得肯定。但是既然一方面肯定原因案件之裁判涉及聲請人二受保護照顧之事項,聲請人二為權利可能實質受影響之人(本件裁定理由四),但另一方面又拒絕受理其釋憲聲請,且在聲請人二之受監護事實狀態將因確定終局裁判而有重大改變,顯然非全無侵害聲請人二權利可能之情形下,竟無隻字片語說明為何聲請人二之權利未受侵害,顯然本件判決之理由前後矛盾且不備,難昭折服。

2、此外,家事事件中,未成年子女自為程序主體,其意見陳述乃其本有之法定權利,不是以證人地位為親身見聞事實之義務性質陳述,則聲請人二於襁褓中離開其母之事實,



與是否可不給予聲請人二陳述意見權利之判斷，根本無關，乃多數意見竟以聲請人二年幼即離開母親之事實為據，由之推論認未予聲請人二陳述意見之機會未違憲（本件裁定理由五（二））。多數意見顯然混淆未成年子女之陳述意見權與作證義務。

3、又本件聲請人二不足1歲，即已因父母離婚且其母自承無扶養聲請人二能力，而先由父監護（其間也多由祖母在臺灣照顧）、父逝後繼由祖母實際監護。由以上事實觀之，聲請人二之母反訴請求交付未成年子女，欲變動監護現狀，使其離開久居慣居地及長期照護之祖母，那麼當然不生濫用親權問題嗎？未成年子女之照護，對包括父母在內之監護人毋寧是相當甚至沈重之負擔，本件爭議應非單純，背後應另有隱情，是聲請人二「懷璧其罪」嗎？作為以保護人民為職責之法官，能不查明，即當然認長久未實際執行其法定監護責任之母親沒有濫用親權嗎？僅從認事用法觀點，確定終局裁判亦難昭折服。

四、本件也是跨境親權爭議，從對為我國人民之未成年子女有效保護觀點，亦應作特別考量：

本件與本庭111年憲判字第8號判決同，均涉及跨境親權爭議。因為監護事實現狀變動後，涉及為我國法權所不及之他國法權，及我國法權對未成年子女權益保護之無法或難以有效管控之客觀明顯事實，故本席以為就此等案件應從對為我國人民之未成年子女有效保護之觀點，就是否符合未成年子女最佳利益作深入特別考量。尤其因為需要理解未成年子女對變動後人生地不熟之恐懼、適應可能之困難等，故法官更有特予直接聽取其意見陳述之必要。

五、法院可以違反未成年子女之意願，以裁判強制未成年子女離開現居慣居地嗎？本席以為不可以。因為：

1、本件原因案件包含交付未成年子女（聲請人二）之訴，

觀諸確定終局裁判主文即知。依確定終局裁判意旨，將可能改變聲請人二之長久以來受其祖母在臺灣監護之現狀，則單就交付子女之訴部分言，多數意見未進一步說明，即認不必由法官直接聽取其意見陳述，當然沒有審酌其最佳利益必要，當然沒有違憲問題！本席深深不以為然！

2、本席在上述本庭 111 年憲判字第 8 號判決所提協同意見書中已說明，如聲請人二之未成年子女是人不是物，是權利主體，不是親權之客體，是其是否當然為確定終局裁判既判力所及，顯有疑問。

3、又可以以任何裁判強制任何非因犯罪而被拘提之人如聲請人二離開現居慣居地嗎？亦值得再想想。本席以為當然不可以，因為侵害人格尊嚴及其衍生之人身自由、行為自由等受憲法保障之作為人之基本權。